

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0004/18-1
RECORRENTE - VALENÇA DA BAHIA MARICULTURA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VALUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0043-06/18
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/05/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0033-11/20

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Desencontro entre os valores recolhidos do ICMS e o escriturado na apuração do imposto. Declarada a decadência de parte do lançamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interpostos pela autuada, em razão do Acórdão da 6ª JJF Nº 0043-06/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2018, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$138.981,16 (cento e trinta e oito mil, novecentos e oitenta e um reais e dezesseis centavos), acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7014/96, em razão da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 (03.01.01) Recolheu a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(s) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. O período fiscalizado foi de 01/03/2013 a 31/12/2014. OS nº 500174/18.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para esta Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11. Ao qual decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Verifico que o presente Auto de Infração aponta o recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre o valor recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

Constato que o auto de infração se encontra devidamente instruído, com todos os elementos e requisitos de validade e eficácia previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Constam no presente processo, a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, os dispositivos da legislação tributária infringidos, a tipificação da multa, valor do ICMS exigido. Todo o conjunto permite ao impugnante o pleno exercício do seu direito de defesa.

Anoto que na descrição da infração, fica claro que se trata da exigência de imposto recolhido a menor, e que o demonstrativo apresentado à fl. 05, aponta os meses em que isso ocorreu, bem como o valor que falta ser recolhido. Assim, rejeito a preliminar de nulidade que foi suscitada com o argumento de ausência de demonstrativo da apuração dos valores dessa infração, até porque, diante dessa alegação, o autuante, em sua informação fiscal, acostou cópias dos registros fiscais da apuração do ICMS – operações próprias, dos meses autuados efetuada pelo próprio contribuinte no seu livro de apuração do ICMS e encaminhou para conhecimento e manifestação do autuado.

Em relação ao pedido do defendente para realização de diligência, confirmo que já existem nos autos os elementos necessários ao convencimento dos julgadores para a decisão a respeito da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, inciso I, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Sobre a solicitação de sustentação oral, essa é permitida durante o julgamento, nos termos do Regimento Interno do CONSEF.

No mérito, verifico que as cópias dos relatórios dos registros fiscais geradas pelo SPED, fls. 24 a 30, apontam que a apuração do imposto nos meses autuados resulta em valores maiores do que os recolhidos efetivamente, conforme acesso ao sistema de Informações do Contribuinte (INC) da SEFAZ.

Observo que a autuada afirma, em sua peça defensiva – fl. 12/item 07, que “inexiste a diferença encontrada, visto que as informações prestadas na DMA estar em plena consonância com o SPED/FISCAL, conforme

documentos em anexo” (sic), entretanto, não há documentos no processo que comprovem tal assertiva. A impugnante também apresenta uma tabela, fl. 12/ítem 08, que elabora para explicar que faz jus ao crédito presumido, e que o autuante não fez nenhuma referência a esse benefício, no entanto, não há explicação para os valores apresentados e, por conseguinte, não contribui para expungir a imputação da infração que lhe é feita.

Deve ser esclarecido que consoante o art. 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Nesse sentido, caberia ao sujeito passivo, na sua defesa, trazer aos autos elementos probantes de que não infringiu a legislação. No entanto, verifico que o contestante não conseguiu desincumbir-se do seu ônus de provar, o que resulta na aplicação do art. 142 do RPAF, transcrito a seguir:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Constato que a defesa não traz aos autos nenhum elemento para contrapor àqueles consignados no levantamento fiscal. O impugnante não acosta aos autos nenhum documento que comprove a inexistência de diferenças de valores do ICMS a serem recolhidos, e no meu entendimento, o e-mail respondido pela contabilidade da empresa, confirmando que não foi localizado o recolhimento das diferenças de ICMS, indica a existência da irregularidade fiscal detectada.

Entretanto, é mister observar que segundo orientação contida no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, de autoria da PGE/PROFIS, o qual tem norteado as decisões deste CONSEF, restou firmado o entendimento de que o prazo decadencial, na hipótese de pagamento a menor do ICMS, é contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN. Aplica-se tal disposição legal, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, entendendo-se como tal as operações e prestações tributáveis, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No caso concreto, nos encontramos frente a lançamento de ofício corretivo dos atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte em relação ao ICMS mensal em que houve recolhimento a menor.

Desta forma, com lastro no citado Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, declaro, de ofício, a decadência para o lançamento relativo ao mês de 31/01/2013. Anoto que o AI foi lavrado em 29/03/2018, com ciência do contribuinte em 04/04/2018, que é o marco para a contagem do prazo decadencial, na situação dos autos. Assim, no caso concreto, o fato gerador anterior a 04/04/2013, foi atingido pela decadência.

Destarte, deve ser excluído do lançamento o valor de R\$10.000,00, referente à ocorrência em 31/01/2013, pois o direito do Estado de constituir esse crédito, decaiu em 31/01/2018, quando se completou cinco anos da ocorrência do fato gerador, de forma que o crédito tributário reclamado nessa data fica extinto, incidindo a regra do art. 156, V do CTN, transcrita a seguir:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

(...) V – a prescrição e a decadência.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, visando a reapreciação da decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

De início, requer a Recorrente que sejam reiteradas todas as razões de defesa, manifestações e recurso voluntário, anteriormente apresentadas como se todas as letras lá coladas aqui estivessem.

Preliminarmente a recorrente pede a nulidade da decisão recorrida alegando o cerceamento do direito de defesa ao negar diligência no sentido de ser detectado as inconsistências e o erro de fato na apuração do ICMS, que pode ser demonstrado por demonstrativo de débito e não apenas pelas juntadas dos de cópias dos livros fiscais e respostas da autuada por via de e-mail. Portanto em face a negativa de encaminhamento a ASTEC, no sentido de estabelecer a verdade material dos fatos, considerando que efetivamente inexistente a ocorrência de falta de recolhimento, na data regulamentar, (Art.5ª, XXXIII, LV CF.; § 6º art. 127, arts. 163, 137, I “a” e “b” e Inc. II do art. 148 do RPAF/BA.).

A recorrente reitera aqui todos os termos da defesa visto que entende que os demonstrativos de débito para configurar os erros de inconsistência e o erro de fato causado nas informações prestadas pela autuada, que poderia concluir pela existência do erro material e, por via de consequência, a improcedência do lançamento que ora impugna.

Os produtos de vendas desta infração referem-se, tão somente, a camarão e lagosta que se aplica o Decreto 7240/1998, que estabelece o crédito presumido no percentual equivalente a 75% sobre as vendas, portanto é improcedente esta infração, com base na interpretação literal da Lei.

Assim a recorrente argui preliminar a nulidade da infração tendo em vista a ausência de demonstrativo da apuração dos valores desta infração decorrente da metodologia empregada, fato este que dificulta o exercício da plena defesa, ademais a INFRAÇÃO. 01-03.01.01. Não identifica a forma pela qual o ilustre autuante encontrou os valores do ICMS que denominou de ICMS a recolher, na planilha, sem contudo observar a apuração do ICMS com os créditos presumidos.

Alega ainda que o Autuante não fez nenhuma referência nem demonstração, que a apuração do ICMS desta operação aplica-se o dispositivo legal sobre a base de cálculo para estabelecer o valor do CRÉDITO PRESUMIDO senão vejamos:

Informa que a apuração destes valores encontra-se lançado no SPED/FISCAL, valores correspondentes as vendas de CAMARÃO E LAGOSTA, operações estas que entende que o Autuante não fez referência na descrição da infração do CRÉDITO PRESUMIDO nestas operações, assim alegando a improcedência total da infração.

Concluindo a análise das notas de saída desse período para verificar se o débito está correto e confirmar o uso do credito presumido maior que o permitido, causando uma suposta insuficiência no pagamento, já que o SPED FISCAL está com o valor correto do credito presumido.

A Recorrente alega ainda, que encontra-se prejudicada pelo fato de não ter recebido todos os demonstrativos da autuação fato este que protesta de logo para que seja disponibilizado e que seja reaberto o prazo de defesa sob pena de nulidade do auto de infração.

Afirma, que esta em situação de absoluta regularidade fiscal e com a legislação aplicável ao caso envolvidas no contexto das infrações, sobretudo, quando examinado a questão sobre a luz do direito.

No mérito, destaca entendimentos jurídicos quanto a constituição do crédito tributário, e exclama que após tudo até aqui explicitado, será demonstrado que não são totalmente verossímeis os fatos elencados pela Autuante no Auto de Infração em questão, especialmente os fatos impugnados.

Ressalta, que, a recorrente reconhece o notório conhecimento da Legislação Estadual Aplicável ao Caso dos Ilustres Julgadores. Porém, considera essencial que os nobres julgadores desse Colendo Conselho de Fazenda tenham em mente, ao se debruçar sobre as razões do recurso, o conteúdo dos princípios da verdade material e o princípio da inquisitorialidade, devidamente aplicável ao caso.

Observa que por meio dos membros que compõem suas Juntas e Câmaras, tem mostrado a sensibilidade de converter processos em diligência (ou perícia) fiscal, quando não há condições seguras de pronunciamento sobre a matéria que se discute.

Entende que na busca da verdade material, há de se ressaltar que se tem como regra basilar, o aspecto de que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco. A ele cabe provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo. Afirma que, no presente caso, a recorrente comprova de forma cristalina com os livros e documentos, anteriormente auditado e homologado, os quais serviram de base para escrituração, aferição da regularidade da apuração e o recolhimento do ICMS normal apurado.

Alega a necessidade imperativa da reforma da decisão recorrida, face a improcedência do lançamento por absoluta ausência de provas materiais das citadas infrações, atribuída a recorrente, entendendo que única maneira que a recorrente tem para comprovar a legitimidade dos créditos é disponibilizando os livros e os documentos fiscais, para aferição da regularidade dos cálculos, dos créditos destacados nas operações com camarão/lagosta.

Assim, alega a necessidade imperativa de Revisão por fiscal estranho ao feito. O que fica requerido. No sentido de restaurar a verdade, sua negativa configurará cerceamento ao direito de

defesa.

Argui, ainda no tocante a produção de provas entende que além da falta de consistência legal da acusação imputada à Recorrente, informa que traz prova da improcedência da Autuação:

A primeira prova processual é o encaminhamento a ASTEC no sentido de verificar se realmente existe no processo provas da legitimidade dos créditos, tais como:

- a) Fotocópia do Registro de Apuração do ICMS e seus demonstrativos fiscais.
- b) Fotocópias do Termo de Abertura e de Encerramento.
- c) A recorrente acostou ao processo fotocópias dos livros apresentados com saldo com saldo devedor.
- d) Considerando que não se discute o direito de retificar os livros fiscais: É legítimo utilizar o ICMS a ser recolhido.

Assim entende pela necessidade do encaminhamento a ASTEC no sentido de confrontar os cálculos apurados pela recorrente com os apurados pela Autuante.

Conclui que pelo exposto, no que diz respeito às parcelas impugnadas não se configuram, considerando que inexistem, falta de recolhimento de quaisquer tributos, visto que a lavratura do presente Auto de Infração resultou de ficções ou de mera presunção destituída de provas concretas do cometimento da suposta infração.

Além do mais o ônus da prova no Processo Administrativo Fiscal incumbe a Fazenda Pública, razão pelas quais eventuais ausências de provas, acerca de infrações a lei tributária, ensejam a desconstituição dos autos de infração porventura lavrados. Pois, não se pode presumir ocorrência do fato gerador como no presente caso.

E Pede, que devidamente comprovado mediante provas acostadas ao processo requer que seja acolhido o pedido de nulidade da decisão proferida pela Junta seguido de encaminhamento à ASTEC, posteriormente enviado para uma das juntas de Julgamento Fiscal; porém se por absurdo não vier a ser acolhida. Seja no mérito acolhido o presente RECURSO VOLUNTÁRIO determinando em seguida a conversão do presente processo em diligência nos termos dos artigos 137, I, “a” e “b” e 148, II do RAPF/BA bem como o deferimento de todos os meios de provas permitidas em Direito “ex-vi” do art. 5º, XXXIII e LV da Constituição Federal, indicando de logo a juntada posterior de documentos inclusive em contra prova, ouvida de testemunhas, cujo rol oportunamente apresentará, protesta ainda pela sustentação oral (art.163 do RPAF/Ba.) para que, enfim, seja reformada a decisão recorrida julgando o Auto de Infração. Dando-se pela IMPROCEDÊNCIA a quantia de R\$128.981,16, tudo conforme é de Lei, de Direito e de JUSTIÇA.

Este é o Relatório.

VOTO

Analisando o relato do auto de infração, nota-se que os dispositivos dados por infringidos e a penalidade aplicada estão corretos. O presente lançamento foi elaborado respeitando todos os requisitos exigidos na legislação, quais sejam, a capitulação do fato, dispositivos infringidos bem como a sua penalidade.

Preliminarmente a recorrente pede a nulidade da decisão recorrida alegando o cerceamento do direito de defesa ao negar diligência no sentido de ser detectado as inconsistências e o erro de fato na apuração do ICMS, traz ainda a ausência de demonstrativo da apuração dos valores da infração decorrente da metodologia empregada, fato este, entende que dificulta o exercício da plena defesa, alega que não identificou a forma pela qual o Autuante encontrou os valores do ICMS que denominou de ICMS a recolher, na planilha, sem, contudo, observar a apuração do ICMS com os créditos presumidos.

Na peça vestibular o autor da inicial narra claramente o histórico da infração, ficando claro que

foi acusado de recolher a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

Verificando o levantamento que se encontra no auto anexado a pedido do autor desde o início deste processo, fica claro que a exigência decorre de simples conta matemática ao qual o autor informou nos registros fiscais da apuração do ICMS de operações próprias os totais do ICMS a recolher e recolheu a menor.

Não vejo no trabalho fazendário falta de prova, ao contrário, os dados que ampararam a acusação foram retirados dos livros da própria autuada e de seus documentos.

Assim, entendo que foi convenientemente lavrada a autuação, havendo sintonia entre o relato da infração e a capitulação dos dispositivos infringidos e apenador. A ausência desse ou daquele artigo não a desnatura ou invalida, máxime por não ter implicado dificuldade ao direito de defesa pelo contribuinte, haja vista o ter exercitado de forma ampla e abrangente, denunciadora de que teve seguro conhecimento acerca da infração imputada. Dessa forma não vislumbro a necessidade de envio do processo à ASTEC. Preliminares rejeitadas.

Na parte do mérito, a fala da defesa, limita-se a comentários desprovidos de prova material, sendo que fica claro que a exigência decorre de simples conta matemática ao qual o autor informou nos registros fiscais da apuração do ICMS de operações próprias os totais do ICMS a recolher e recolheu a menor, está comprovada pela simples conta de subtrair que já me referi anteriormente.

Assim não há o que se falar em ônus da prova no processo administrativo fiscal que incumbe a Fazenda Pública, razão pelas quais eventuais ausências de provas, acerca de infrações a lei tributária, ensejam a desconstituição dos autos de infração porventura lavrados, pois entendo que todos os documentos estão acostados aos autos que provam a infração.

Sendo o ICMS um imposto cujo lançamento é feito por homologação onde o sujeito passivo registra suas operações, escritura seus livros e recolhe o montante respectivo em cada período e foram as divergências entre os valores lançados/registrados e os recolhidos que deram ensejo à autuação, não vejo indícios no processo que possa anulá-lo.

Ante ao exposto, e à luz da legislação aplicável, entendo que nada existe a ser modificado no julgamento recorrido, por isso ratifico integralmente a decisão 6ª Junta de Julgamento Fiscal, assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269141.0004/18-1**, lavrado contra **VALENÇA DA BAHIA MARICULTURA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$128.981,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS